



Roj: **SAP A 22/2024 - ECLI:ES:APA:2024:22**

Id Cendoj: **03014370082024100018**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **29/02/2024**

Nº de Recurso: **111/2023**

Nº de Resolución: **122/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Alicante/Alacant, núm. 1, 29-11-2022 (proc. 374/2020),
SAP A 22/2024**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA Nº 111 (M-79) 23

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 374/2020

JUZGADO Mercantil nº 1 Alicante

SENTENCIA Nº 122 /24

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García-Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Rafael Fuentes Devesa

En la ciudad de Alicante, a veintinueve de febrero del año dos mil veinticuatro.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en Juicio Ordinario seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante con el número 374/20, sobre acción social de responsabilidad de administrador y acción de anulación contractual, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, DÑA. Fidela , PREMIUM CLASS A&M S.L., ELEVEN SUITE A&M S.L. y NOVENO HORIZONTE A&M S.L., representadas ante este Tribunal por el Procurador D. Jesús Zaragoza Gómez De Ramón y dirigidas por el Letrado D. Manuel Pérez Botia; y como parte apelada la demadnante, Levay Invest S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D. Agustín Marí Palazón y dirigida por el Letrado D. Fabián Villena Pastor; y el codemandado, D. Pedro Miguel , representado en este Tribunal por el Procurador D. Justo José Cabrera Rovira y dirigido por el Letrado D. Juan Navarro Capel; ambos apelados han presentado escrito de contestación al recurso en el trámite de oposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la mercantil Levay Invest S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que:

I.- Se declare la responsabilidad social por infracción del deber de lealtad y conflicto de intereses de la que fue la administradora única de mi mandante Da Fidela y del administrador de hecho D. Pedro Miguel .

II.- Se declare la nulidad de las ventas realizadas por medio de los contratos privados de fecha 25 de mayo de 2017, aportados como documentos 10 a 47, y la otorgada en escritura pública de fecha 27 de mayo de 2019, aportada como documento 49, dejándolos sin efecto, y declarando que mi mandante, expropiataria de los inmuebles consignados en dichos documentos;

III. Que se condene a los codemandados a reintegrar la posesión de los citados inmuebles a mi representada Levay Invest SA.

IV.- Y que se condene en las costas del procedimiento a las partes demandadas."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. 374/20, dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2022 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Agustín Marti Palazon, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil "Levay Invest, SA", bajo la dirección técnica del Abogado D. Alfonso Santamaría (cedido la venia), sustituido por el Letrado Fabian Villena Pastor contra DÑA. Fidela , PREMIUM CLASS A&M S.L., ELEVEN SUITE A&M S.L. y NOVENO HORIZONTE A&M S.L., representadas por D. Jesús Zaragoza Gómez De Ramón y bajo defensa de D. Hugo Darío González Pérez y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de las ventas realizadas por medio de los contratos privados de fecha 25 de mayo de 2017, aportados como documentos 10 a 47, y la otorgada en escritura pública de fecha 27 de mayo de 2019, aportada como documento 49, dejándolos sin efecto, por lo que deberá reintegrarse la posesión de los citados inmuebles a la sociedad demandante.

Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Agustín Marti Palazon, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil "Levay Invest, SA", bajo la dirección técnica del Abogado D. Alfonso Santamaría (cedido la venia), sustituido por el Letrado Fabian Villena Pastor; contra D. Pedro Miguel , representado por el Procurador de los Tribunales Justo José Cabrera Rovira y bajo defensa letrada de D. Juan Navarro Capel ; habiendo versado el presente procedimiento sobre acción social de responsabilidad y acción de nulidad por infracción del deber de lealtad, dicto la presente sentencia.

No se imponen costas a ninguna de las partes dadas las dudas de hecho existentes, como ya se ha justificado en la presente sentencia."

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, y concluido el trámite, se emplazaron a las partes y se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 26 de junio de 2023 donde fue formado el Rollo número 111/M-79/2023, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29 de febrero de 2024, en el que tuvo lugar.

CUARTO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la acción social de responsabilidad deducida frente a Dª Fidela , como administradora de derecho de la mercantil Levay Invest S.A., y frente a D. Pedro Miguel como administrador de hecho. Estima si embargo la acción de nulidad de los contratos celebrados entre la administradora de derecho y las mercantiles Premium Class A&M S.L., Noveno Horizonte A&M S.L., y Eleven Suite A&M S.L.

La desestimación de la acción social trae causa en la ausencia del presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción relativo al acuerdo de junta general.

No obstante, estima la acción de nulidad por infracción del deber de lealtad a la que se refiere el art. 232 LSC al considerar que los contratos celebrados el día 25 de mayo de 2017 y la escritura de 27 de mayo de 2019, liquidan el patrimonio de Levay a favor de tres mercantiles controladas por la administradora de Levay sin autorización de los socios, lesionando el interés social lo que, afirma, integra la conducta del art. 229.1.a) LSC.

Crítico con esta resolución, formula recurso de apelación la parte co-demandada afectada por el pronunciamiento estimatorio de nulidad contractual.

Alega que el codemandado, como reconoce la Sentencia, compareció en todo momento como socio representante del resto de socios, por lo que toda actuación por él realizada implicaba la actuación de los socios. Y en segundo lugar que dado lo anterior, no tenía la administradora, Sra. Fidela, obligación de comprobar si los poderdantes conocían el contrato o si había abuso por parte del Sr. Pedro Miguel -apoderado-, siendo así que la sentencia reconoce que los socios no acudían nunca a ninguna junta en España, actuando siempre por poderes sin perjuicio de la existencia de canales habituales de comunicación entre la administradora y los socios.

Pero la Sentencia, critica, afirma que el Sr. Pedro Miguel pudo no tener conocimiento real de los acuerdos de las juntas redactadas en castellano, es decir, que pudo no conocer los acuerdos de las juntas de 2015 a 2018 cuando es lo cierto que si aprobó y ratificó los acuerdos adoptados que fundamentaban la validez de los contratos impugnados. En todo caso, dice el apelante, esa falta de acreditación sería imputable a la actora sin que, en todo caso, haya duda que el Sr. Pedro Miguel afirma en su contestación a la demanda que conocía plenamente los acuerdos adoptados en junta.

Además, añade, la actora no ha impugnado las actas de las juntas -doc 7 a 9 demanda- donde se documentó el iter negocial iniciado en 2015 y finalizado en 2017 que dio lugar a los contratos de compraventa ahora impugnados.

Por tanto, ha de recaer sobre la actora las consecuencias de sus decisiones pues insta nulidad de contratos cuya autorización y ratificación por un socio apoderado para ello consta en acuerdos de junta no impugnados.

Es por ello que formula tres motivos de apelación, a saber, en primer lugar infracción de los art. 227 a 232 LSC por cumplimiento por la Sra. Fidela de su deber de lealtad; en segundo lugar, infracción de los art. 217 LEC y 318 a 320, 326, 348 y 376 LEC, por infracción de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y error en la valoración de la misma; y, en tercer lugar, infracción del art. 1303 CC al implicar la condena la restitución recíproca de las prestaciones por nulidad contractual.

Examinaremos los motivos por el orden propuesto por la parte apelante.

SEGUNDO.- Afirma al respecto que no está controvertido que, primero, los contratos celebrados fueron de compraventa y, en segundo lugar, que estamos ante un caso de autocontratación.

Que lo que se cuestiona es si estando en el caso del art. 230.2º LSC, se otorgó por la Junta dispensa que dejare a salvo el deber de lealtad cuestionado en la Sentencia de instancia.

Y afirma que así resulta de los propios hechos probados en sentencia, a saber, en primer lugar, que un socio, el Sr. Pedro Miguel, apoderado para realizar cualquier acto de disposición patrimonial, compareció en nombre y representación del resto de poderdantes y adoptó los acuerdos que obran en juntas de 30 de abril de 2015, de 23 de junio de 2016 y de 18 de julio de 2017.

Por tanto, dice el apelante, habiendo quedado demostrado y confirmado en la sentencia de instancia que el Sr. Pedro Miguel no actuó como administrador de hecho sino como representante del resto de socios, y sin perjuicio de sus responsabilidades frente a sus poderdantes, ejercitó las facultades para las que estaba apoderado de lo que no es responsable la administradora.

Por otro lado, se reconoce en sentencia la existencia de canales habituales de comunicación entre la administradora y los socios, reconociéndose una actuación oscurantista en los socios que no acuden a España, actuando siempre por poderes.

Además, añade el recurrente, no hay duda que quien pudo y acordó, como consta en las juntas, en especial en la de 18 de julio de 2017, la dispensa del deber de lealtad en el caso de autocontratación, sabía su contenido, lo que autorizaba, pues así resulta de su contestación a la demanda y en el acta de manifestaciones de 9 de abril de 2019 -doc 19 de su contestación-

Además, los contratos no han causado perjuicio a la mercantil demandante pues conservaba la titularidad registral de los inmuebles hasta el completo pago del precio pactado pudiendo retener lo pagado en caso de incumplimiento, al punto que la actora no cuantifica ni reclama perjuicio alguno.

En suma, queda acreditado que D^a. Fidela estaba autorizada para llevar a cabo los contratos referenciados que fueron ratificados por Junta General Universal de 18 de julio de 2017 por acuerdo del 100% de los socios, siendo por tanto válidos.

Posición del Tribunal.

Para resolver la cuestión, hemos de tener en cuenta lo siguiente.

Los artículos 227.2 y 232 LSC contienen los remedios frente a infracciones por los administradores de su deber de lealtad.

En concreto, el artículo 232 LSC se refiere a tres tipos de acciones adicionales a las de indemnización y devolución del enriquecimiento injusto contempladas en el art. 227.2, a saber, la acción de impugnación, referenciada como es lógico a la impugnación de los acuerdos de la junta general y el consejo de administración y órganos colegiados del consejo cuando se adoptan con infracción del deber de lealtad; la acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción de ese mismo deber, acción propia del derecho común; y las acciones de cesación y remoción.

Pues bien, de entre las acciones enunciadas en los artículos 227.2 y 232 LSC, la sociedad actora ejercita la de "anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad".

Sin embargo, el ejercicio de esta acción se hace obviando que, como hemos dicho, el art 232.2 LSC se refiere en primer término a la acción de impugnación de los acuerdos societarios que pudieran contradecir el deber de lealtad de los administradores.

Y ello es relevante porque cuando se está ante un acuerdo adoptado por la sociedad, sea por su junta de socios por el órgano plural de administración, y los actos o contratos celebrados por los administradores lo son en ejecución de ese acuerdo, es evidente que lo procedente es el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social y no la anulación del acto o contrato celebrado por los administradores en ejecución de dicho acuerdo pues, sustancialmente, el acuerdo puede amparar el acto cuya anulación se solicita y, consecuentemente, impedir la concurrencia de la causa de nulidad.

En efecto, lo prevenido en la legislación societaria es que cuando se adopta un acuerdo social que es contrario a la Ley, a los estatutos, al reglamento de la junta general o al interés social, sea precisamente el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales regulado en los artículos 204 y ss. LSC el remedio procedente para dejarlo sin efecto.

En consecuencia, difícilmente puede ejercitarse la acción de anulación de forma autónoma contra actos o contratos de los administradores que sean ejecución o traigan causa de acuerdos sociales previos.

Tales premisas, aplicadas al caso que nos ocupa, nos permite concluir que dado que las operaciones de venta siguieron los cauces procedimentales oportunos dado que se propuso y obtuvo una dispensa del art. 230.2 LSC tras prepararse las operaciones en juntas previas tales operaciones, las ventas finalmente hechas no fueron sino el resultado de esos acuerdos sociales y por tanto, acudir a la nulidad al margen de la impugnación de los acuerdos conforme a los requisitos de legitimación y plazo que marca la legislación societaria, deja sin contenido aquella acción.

Baste examinar, para comprender lo así expuesto, que de las actas de las juntas que aporta como documentos 7 a 9 la demandante con su demanda resulta lo siguiente.

En primer lugar, las manifestaciones del Sr. Pedro Miguel en la junta universal de 30 de abril de 2015 -doc 7 demanda- anunciando el propósito de los socios, en atención a los "problemas de devaluación del rublo y el retraso y sobrecoste de la obras" sumados a las dificultades económicas de los socios de afrontar la conclusión de las obras, manifestaciones conforme a las cuales se anuncia lo siguiente:

"a principio del mes de julio tomarán los socios la decisión de: - Bien vender en bloque o individualmente las diferentes parcelas de la urbanización sin las correspondientes viviendas o en el estado que se encuentren. - Bien vender el 100 % de las acciones a la administradora de la mercantil, D^a Fidela, por un precio igual a las cantidades aportadas hasta la fecha y las que se sigan en su caso aportando por los socios con un interés a acordar, financiando dicha adquisición demorando el pago del citado precio a que la mercantil comience a dar beneficios mediante la venta de las unidades constructivas (viviendas) de la urbanización conforme se vayan construyendo."

En segundo lugar, consta asimismo -doc 8 demanda- que en la junta universal celebrada en fecha 23 de junio de 2016 autoriza de forma expresa a la administradora a alquilar una o varias viviendas de la urbanización como mecanismo de obtención de liquidez y de promoción de la misma, ratificándose el acuerdo adoptado por unanimidad en orden a la gestión de venta y opción de compra de los activos de la mercantil en los términos que constan en el informe jurídico de fecha 20 de mayo de 2016.

Pero también consta que la Sra. Fidela anuncia su disposición a una adquisición gradual de los activos de la sociedad a través de sociedades participadas por ella, respetando el fundamento del acuerdo, es decir, la recuperación por los socios del 100% de la inversión realizada y, en segundo lugar, que dicho acuerdo toma en consideración la doble condición que la administradora tiene en ese negocio jurídico, se autoriza la

autocontratación y se reconoce de conformidad con lo dispuesto en la LSC, el cumplimiento de los deberes de lealtad por la administradora a la que se concede expresamente la dispensa prevista en el art. 230 LSC.

Y consta en tercer y último lugar -doc 9- el acuerdo adoptado en la Junta universal celebrada el día 18 de julio de 2017, de ratificación de la venta de las viviendas y parcelas de la urbanización a las empresas en las que la administradora tiene participación, de nuevo con cita del acuerdo de dispensa a la administradora del art. 230 LSC.

En su oposición al recurso la sociedad demandante afirma que han venido haciendo una "reiterada, constante y concreta crítica a la realidad de dichos documentos, veracidad de su contenido y, por supuesto, la legalidad de los supuestos acuerdos, que se dicen adoptados en las reuniones que reflejan dichos documentos, totalmente desconocidos para la mercantil que representamos y los socios que la componen, a excepción del codemandado Sr. Pedro Miguel .", añadiendo que *"Es evidente que dichas actas se habían realizado de forma subrepticia y sin informar a los socios de los acuerdos allí alcanzados en cuanto a la venta del total patrimonio de la sociedad de esta pretendida forma tan perjudicial para sus intereses, habiendo quedado acreditado a través de la declaración de los accionistas que desconocían dichos acuerdos y que jamás los hubieran aceptado"*.

En este marco, entiende el Tribunal que el *thema decidendi* se retrotrae a la falta de impugnación de acuerdos sociales, siendo así que es insustituible este instrumento para desvirtuar la eficacia y validez de los acuerdos adoptados pues cuando se trata de un acuerdo adoptado por la sociedad vigente, sobre su legalidad solo cabe formular la acción de impugnación.

Por tanto, la conclusión que alcanzamos es que no puede decretarse la nulidad de las operaciones con base a la infracción del deber de lealtad cuando se trata de operaciones autorizadas por la junta general cuyos acuerdos no han sido objeto de impugnación, cualquiera que sea la causa, comenzando por la relativa al abuso o exceso de poder, pues ello puede ser causa de la impugnación del acuerdo y no, al margen del mismo, de ineficacia de los contratos autorizados.

En suma, la demanda deduce una acción de responsabilidad social sin adoptar previamente el acuerdo que la legitimara para el ejercicio de la acción, errando por tanto en el planteamiento jurídico, al igual que cuando deduce acción de nulidad de las compraventas por infracción del deber de lealtad de la administradora sin desvirtuar los acuerdos que sostienen aquellos negocios jurídicos cuando se trata de operaciones ejecutadas en base o autorizados por acuerdos societarios.

Procede por ello estimar el motivo y con él, el recurso de apelación, revocando la Sentencia de instancia, acordando la desestimación de la demanda.

CUARTO.- En cuanto a las costas de esta alzada, habiéndose estimado el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las mismas a la entidad apelante - art 398 LEC-.

Y habiéndose desestimado en base a la estimación del recurso de apelación, la demanda en su integridad, no cabe sino hacer expresa imposición de las costas de la instancia a la entidad demandante - art 394.1 LEC-.

QUINTO.- En cuanto al depósito para recurrir, habiéndose estimado el recurso de apelación, procede acordar su devolución para el apelante - DA 15ª nº 8 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación entablado por DÑA. Fidela , PREMIUM CLASS A&M S.L., ELEVEN SUITE A&M S.L. y NOVENO HORIZONTE A&M S.L., representadas ante este Tribunal por el Procurador D. Jesús Zaragoza Gómez De Ramón, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante en fecha 29 de noviembre de 2022, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, se desestima en su integridad la demanda deducida por la mercantil Levay Invest S.A., con expresa imposición a dicha parte de las costas de la instancia; y sin expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Se acuerda la devolución del depósito hecho por la demandada recurrente.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación, recurso que deberá interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo



"Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ